

Erst Haft, dann „Cherry-Picking“?

Clara Anne Büniger

2019-07-17T16:12:15

Kein Thema dürfte im Moment derart präsent sein wie die Verteilung Schutzsuchender, die im Mittelmeer aus Seenot gerettet werden. Der Fall der Sea-Watch 3 und die öffentliche Diskussion über [Moral und Recht](#) hat die Dysfunktionalität aller bisherigen Ansätze, die aus Seenot geretteten Menschen innerhalb der EU gerecht zu verteilen, nochmals verdeutlicht. Die neuesten bekannt gewordenen Vorstöße scheinen jedoch ebenso wenig geeignet, endlich Klarheit in dieser immer wiederkehrenden Frage zu schaffen.

Bereits seit Juni 2018 waren Schiffe, die Menschen aus Seenot gerettet hatten, mehrfach gezwungen, tage- und wochenlang auf dem Mittelmeer umherzuirren, weil Regierungen von EU-Mitgliedsstaaten, vor allem Italien und Malta, ihnen das Einlaufen in ihre Häfen untersagten.

Schiffe durften schlussendlich nur dann in europäische Häfen einfahren, wenn eine zentrale Bedingung erfüllt war: Eine Gruppe europäischer Staaten musste ihre Bereitschaft erklären, die Zuständigkeit für die Durchführung der Asylverfahren der geretteten Schutzsuchenden zu übernehmen.

In diesem Zusammenhang wurde Ende vergangenen Jahres ein „ad hoc-Verteilmechanismus“ auf europäischer Ebene etabliert, welcher keine allgemeingültige Regelung im Rahmen einer Anpassung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems zur Frage der Aufnahme von aus Seenot geretteter Menschen etabliert. Er beinhaltete vielmehr einen „ship to ship approach“, der lediglich auf Erfahrungen und Vorgehensweisen früherer Fälle basierte.

Dass dies nicht länger praktikabel ist, zeigt sich an den beinahe täglich neuen aber auch unterschiedlichsten Forderungen, wie zuletzt von [Heiko Maas](#). Statt immer neuen Forderungen müsste es einen zuverlässigen gesamteuropäischen *modus operandi* geben. Die Kommission drängt auf eine europäische Lösung. Einige Länder setzen sich für eine Umverteilung auf andere europäische Mitgliedstaaten nach einem vorhersehbaren Mechanismus ein. Ob im Wege der kommunalen Aufnahme in verschiedene europäische Städte, einer großen europäischen Lösung – also einer, an der alle europäischen Mitgliedstaaten mitwirken – oder einer kleineren „Koalition der Willigen“. Der *modus operandi* ist weniger einheitlich. Schon im Frühjahr hatte der Europäische Flüchtlingsrat (ECRE) in einer Policy Note vorgeschlagen, als kurzfristige Lösung auf [„Umverteilung zu vertrauen“](#).

Schließlich gibt es auf EU-Ebene Versuche, die Verteilung zu regeln – das zeigt ein (bisher geheim gehaltenes aber geleaktes) [Working-Paper des Rates der EU](#). Die „Guidelines“ sind ein unverbindlicher Vorschlag, wie man die Aufnahme von aus Seenot geretteten Menschen durch andere Mitgliedstaaten gestalten könnte. Es ähnelt vom Ansatz her stark anderen Projekten der Europäischen Union, bei denen eine Umverteilung in der Vergangenheit beschlossen

wurde ([Umverteilungsbeschlüsse I](#) und [II](#)). Anders als bei den bisherigen „Umverteilungsprogrammen“ wird auch hier das Verfahren zur Aufnahme von Schutzsuchenden berührt. Der vorgesehene Mechanismus ist dabei vergleichbar mit dem „Hotspot-Approach“ der EU-Kommission, welcher in Griechenland und Italien umgesetzt wird und anfangs auch zur Umverteilung von Schutzsuchenden dienen sollte – [in Griechenland mittlerweile aber als Grundlage für Abschiebungen im Geltungsbereich des „EU-Türkei Deals“](#) herangezogen wird.

Erinnerungen kommen auch mit Blick auf die von der EU geplanten „[Ausschiffungsplattformen](#)“ auf. Der im Working Paper verfolgte Ansatz kann als Kombination aus dem „Hotspot Approach“ und dem „Relocation-Ansatz“ verstanden werden. Sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene werfen die vorgesehenen Schritte viele rechtliche Fragen auf.

I. Vorgeschlagener Mechanismus zur Verteilung

Das sechsseitige Working Paper des Rates der EU mit Datum vom 12. Juni 2019 umfasst neun Kapitel und fasst im Wesentlichen zusammen, was auf europäischer Ebene seit Ende 2018 immer wieder und immer noch diskutiert wird.

Im ersten Teil der Guidelines sind die Hauptziele und Grundsätze aufgeführt, die für den vorübergehenden Mechanismus maßgebend sein sollen. Bezeichnenderweise werden die Freiwilligkeit der Mitgliedstaaten an der Teilnahme sowie das grundsätzliche Ziel der Optimierung der Handhabung der Ausschiffungsfälle betont. Grundlage dafür sollen die Erfahrungen aus bisherigen Ausschiffungsfällen („Disembarkation“) sein, die im Rahmen von „best practices“ erarbeitet wurden. Die Bindung an bestehende nationale und europarechtliche Vorgaben wird ausdrücklich formuliert, und es wird der vorübergehende Charakter der Vereinbarung erklärt.

Der zweite Teil macht deutlich, wann dieser Mechanismus angewandt werden soll. Dabei wird klargestellt, dass es im Wesentlichen nur um „Search and Rescue“-Operationen gehen soll oder andere Anlandungen, wenn ein humanitärer Grund vorliegt. Was dies bedeuten soll, bleibt offen. Mitgliedstaaten sollen eine Umverteilung anfragen und eine Erklärung abgeben, wenn sie „unter Druck“ stehen.

Im dritten Teil werden Struktur und Aufgaben einer „unterstützenden Plattform“, die für die Umsetzung des Verteilungsmechanismus zuständig sein soll, behandelt. Diese wird von der EU-Kommission und in Zusammenarbeit mit dem Krisenreaktionsmechanismus (*IPCR*) und gegebenenfalls in Abstimmung mit dem UNHCR und IOM koordiniert.

Der vierte Teil enthält die konkreten Verfahrensabläufe, die der Staat der Ausschiffung berücksichtigen soll – in der Praxis wären das erfahrungsgemäß bspw. Italien oder Malta. Dabei sind bestimmte Verfahrensschritte vorgesehen, die im Mitgliedstaat der Ausschiffung durchgeführt werden sollen.

Der fünfte Teil wird die „composition of the relocation pool“ – das Herzstück eines Umverteilungsverfahrens – in einem Satz abgehandelt.

Im sechsten Teil wird die Beteiligung der Agenturen European Asylum Support Office (EASO), Frontex und Europol knapp beschrieben. EASO soll etwa bei der Ausarbeitung der „matching criteria“ zur Umverteilung beteiligt sein und die Prozesse koordinieren. Frontex und Europol sollen im Sicherheitsscreening unterstützen, Frontex außerdem Fingerabdrücke nehmen und Rückführungen organisieren. Besonders der letzte Punkt ist interessant, weil von Rückführungen in der Debatte keine Rede ist. Bisher musste davon ausgegangen werden, dass die Personen erst umverteilt werden und der Zielmitgliedstaat für eine etwaige Rückführung zuständig wäre. Insgesamt sind die Aufgabengebiete der Agenturen so vage, dass eine Einordnung kaum möglich ist.

Im „Working Paper“ vermisst man etwas Zentrales: die Rechtsgrundlagen, auf die das Vorgehen gestützt werden sollen. Man kann nur vermuten, dass der Rat der EU sich – wie von [ECRE](#) vorgeschlagen und wie bei den bisherigen Umverteilungen ([vgl. BT.-Drs. 19/7209, Antwort der Bundesregierung auf Frage Nr. 11](#)) praktiziert – auf die humanitäre Klausel der [Dublin-III-Verordnung](#) zu stützen beabsichtigt (Art. 17 Abs. 2). Solange es dahingehend keine andere Rechtsgrundlage gibt, ist dies auch die einzige Möglichkeit, denn die Dublin-III-Verordnung regelt die Asylzuständigkeitsallokation in der Union abschließend. Die Verordnung ist anwendbar, sobald in einem Mitgliedstaat der Union ein Asylantrag gestellt wird (vgl. Art. 3 Abs. 1). Daran, dass ein solcher Antrag jedenfalls im Anlanden im Hafen zu sehen ist, können keine Zweifel bestehen (vgl. dazu [hier](#), S. 27).

II. Einordnung der Verfahrensschritte

Die konkreten Verfahrensschritte sollen im Mitgliedstaat der „Ausschiffung“ durchgeführt werden. Vorgesehen ist etwa auch eine EURODAC-Registrierung (4.4.) – ein Schritt, den Matteo Salvini vermeiden wollte, weil er befürchtet, dass die Personen nach der Umverteilung entsprechend der Dublin-III-VO wieder in den Ersteinreisestaat Italien zurückgeschickt werden. Eine im Übrigen falsche Darstellung, denn unabhängig davon, ob ein EURODAC-Eintrag vorliegt oder nicht, ist bei den Betroffenen eindeutig, dass sie über Italien oder Malta eingereist sind. Ein EURODAC-Treffer ist nur ein möglicher Nachweis für die Zuständigkeit des Ersteinreisestaats, aber nicht der einzige (Art. 13, Art. 22 Abs. 3 Dublin-III-VO). Einige rechtlich problematische Schritte sollen nun näher beleuchtet werden.

Sicherheitsüberprüfung

Vorgesehen ist eine erste Identifizierung, Registrierung, Fingerabdruckabnahme und schnelle Sicherheitskontrolle (unter 4.1).

Es soll eine Prüfung anhand nationaler und EU-Informationssysteme mit Unterstützung von Frontex und Europol stattfinden (z.B. European Dactyloscopy (Eurodac), Schengener Informationssystem (SIS), Visa-Informationssystem (VIS), Europol und Interpol-Datenbanken).

So soll sichergestellt werden, dass keine der in die EU einreisenden Personen eine Bedrohung für die Öffentliche Sicherheit darstellt. Deutschland entsendet Vertreter der Bundespolizei und des Bundesamtes für Verfassungsschutz (BfV) für eine Durchführung von Sicherheitsüberprüfungen im Rahmen der Aufnahme von aus Seenot Geretteten (vgl. [BT-Drs. 19/9703, Antwort auf Frage Nr. 6](#)).

Der Einsatz des BfV außerhalb des Bundesgebietes ist rechtlich nicht unumstritten. Die Aufgaben und damit die Zuständigkeit des BfV ergeben sich aus dem Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG). Als Rechtsgrundlage für ein Handeln des BfV kommt § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG in Betracht, weil in den übrigen Nr. 2-4 immer der „Geltungsbereich des Gesetzes“ eröffnet sein muss, wovon man bei einem Einsatz in Malta nicht ausgehen kann. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG hingegen sieht den Aufgabenbereich als eröffnet an, wenn bestimmte Schutzgüter, wie die freiheitliche demokratische Grundordnung oder der Bestand oder die Sicherheit Bundes betroffen sind. In seinen Tatbestandsvoraussetzungen limitiert § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG die Zuständigkeit nicht auf den Geltungsbereich des Gesetzes. Es ist jedoch dort auch nicht ausdrücklich vorgesehen, dass ein Einsatz im Ausland möglich ist. Wäre ein Auslandseinsatz vom Gesetzgeber vorgesehen gewesen, also dass ein Einsatz unabhängig vom Tätigkeitsort möglich erscheint, dann hätte dies klarer zum Ausdruck gebracht werden müssen (vgl. Meinel, NVwZ 2018, 852). Fragwürdig ist daher schon die Rechtsgrundlage für das Handeln des BfV in Malta oder Italien. Hinzu kommt, dass die Sicherheitsüberprüfung nicht im Einzelfall bei konkreten Sicherheitsbedenken durchgeführt wird, sondern bei allen Personen. Dabei wird ein vom Bundeskriminalamt, der Bundespolizei und dem Bundesamt für Verfassungsschutz gemeinsam erarbeiteter Leitfaden verwendet und die Überprüfungsverfahren werden für eine Dauer von ca. zwei Stunden durchgeführt (vgl. BT-Drs. 19/9703, Frage 9). Dies erweckt zumindest den Anschein, dass alle Schutzsuchende – was unverhältnismäßig wäre – unter Generalverdacht gestellt und als potenzielle Gefährdung angesehen werden.

Inhaftierung als Regel

Ausweislich des Punktes 4.2. des Working Papers ist ein „Assessment regarding possible use of alternatives to detention or detention, on a case by case basis“ vorzunehmen. Im Klartext: grundsätzlich sollen Personen in Haft genommen werden, nur im Ausnahmefall nicht. Dies kommt einem bekannt vor. Auch beim Hotspot-Ansatz war eine generelle Inhaftierung geplant. Die Europäische Kommission hat den Mitgliedstaaten in ihrer nicht-veröffentlichten [„Explanatory Note on the “Hotspot” approach“](#) etwas Arbeit abgenommen und in einer Verfahrensübersicht jeweils die (vermeintliche) Rechtsgrundlage für eine mögliche Inhaftierung vermerkt (dort S. 12). Im öffentlich [zugänglichen Dokument](#) zum Hotspot-Konzept ist von möglichen Inhaftierungen keine Rede.

Dennoch wird Haft regelmäßig als [struktureller Bestandteil](#) des Konzepts bezeichnet – um Menschen schneller und effektiver abschieben zu können. Auf den griechischen Inseln konnte diese nur durch ein (seinerseits [rechtswidriges](#)) Verbot, die jeweilige Insel zu verlassen, ersetzt werden, weil die ostägäischen Inseln mehr als 10 Fahrstunden vom griechischen Festland entfernt liegen. Die neu gewählte,

konservative Regierung hat indes bereits angekündigt wiederum „[closed and guarded structures](#)“ einzuführen.

Haft soll nun auch struktureller Bestandteil der Umverteilung nach einer Seenotrettung sein. Ein Sprecher des Bundesinnenministeriums betonte in Berlin, er hätte keine konkrete Kenntnis darüber, [wie die Unterbringung erfolge](#). Man ginge aber davon aus, „dass die Art und Weise, wie die Menschen behandelt werden, nicht zu beanstanden ist“. Mit einer grundsätzlichen Inhaftnahme wird jedoch das Verhältnis von Regel und Ausnahme ins Gegenteil verkehrt. Haft ist der größtmögliche Eingriff in die persönliche Bewegungsfreiheit und deshalb *ultima ratio* staatlichen Handelns. Sie ist nicht grundsätzlich verboten, aber an hohe Anforderungen geknüpft. Besonders, weil es sich bei Asylsuchenden (auch) nach der [Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte](#) um *per sé* besonders schutzbedürftige Personen handelt. Den wichtigsten Grundsatz normiert Art. 8 der [Aufnahmerichtlinie](#): Personen dürfen nicht allein deshalb in Haft genommen werden, weil sie einen Asylantrag stellen. Nach einem anderen Grund sucht man bei einer Inhaftnahme zur Umverteilung auf andere europäische Mitgliedstaaten vergeblich. Der Umverteilungsmechanismus wird ja *gerade* durch die Asylantragstellung ausgelöst. Und bis zu einer möglichen Umverteilung werden die Personen inhaftiert.

Weiterhin muss stets ein Haftgrund vorliegen, der sich an Menschenrechten messen lassen muss. Die EMRK gibt eine abschließende Liste vor, die etwa von der Aufnahmerichtlinie (Art. 8) konkretisiert wird. Dahingehend fällt zunächst Art. 5 Abs. 1 Buchstabe f EMRK auf, der eine „Freiheitsentziehung zur Verhinderung der unerlaubten Einreise“ ermöglicht. Diesen kritischen Punkt, den man bei Hotspots, die (auch) den Zweck der Rückführung in die Türkei und der Verhinderung der unrechtmäßigen Einreise verfolgen, herangezogen hat, ist bei der Umverteilung noch fernliegender. Denn: für keine dieser Personen steht auch nur in Zweifel, dass sie in einen anderen Mitgliedstaat umverteilt werden sollen, ihre Einreise soll nie verhindert werden, nur die Weiterreise außerhalb des Mechanismus. Die Haft findet deshalb nicht zur Verhinderung der illegalen Einreise statt. Ausweislich Art. 8 Abs. 3 Buchstabe a Aufnahmerichtlinie kann auch inhaftiert werden, um die Identität oder Staatsangehörigkeit festzustellen (korrespondierend: Art. 5 Abs. 1 Buchstabe b EMRK). Aber eben auch nur dazu. Gesetze ermöglichen staatliche Eingriffe. Vor allem aber begrenzen sie deren Umfang. Eine Inhaftierung könnte demnach *nur* zur Identifizierung durchgeführt werden, aber nicht darüber hinaus. Schließlich ist stets im Einzelfall zu entscheiden, ob und wie lange Personen in Haft genommen werden (für die Aufnahmerichtlinie: Art. 8 Abs. 2). Das bedeutet: Pauschalentscheidungen sind verboten. Sprich: Es ist rechtswidrig, aus Seenot gerettete Menschen anschließend pauschal zu inhaftieren.

Das Verhältnis zwischen den individuellen Bedürfnissen von Personen und hoheitlichem Interesse ist stets in Einklang zu bringen. Der EGMR hält jede Inhaftierung, die länger dauert als „[vernünftigerweise notwendig](#)“, für rechtswidrig (dort: Rn. 74 f.), und die Europäische Grundrechtecharta verlangt eine unbedingte Erforderlichkeit: Sobald ein milderes Mittel bereitsteht, [ist die Haft rechtswidrig](#) (dort: S. 38). Einzelfallprüfung heißt auch, dass spezielle Vulnerabilitäten zu

berücksichtigen sind. Ein Beispiel: 2018 war jede dritte Person, die in der EU einen Asylantrag gestellt hat, [minderjährig](#). Auch Minderjährige werden vom Umverteilungsmechanismus betroffen sein. Sie dürfen aber nur im „äußersten Falle“ und „für den kürzestmöglichen Zeitraum“ (Art. 11 Abs. 2 Aufnahme-Richtlinie) in Haft genommen werden. Die Mitgliedstaaten unternehmen „alle Anstrengungen“, um die Haft zu beenden. Haft als generelles Konzept im Umverteilungsprozedere ist deshalb rechtlich unhaltbar. Auch, wenn die Beurteilung „on a case by case basis“ stattfinden soll, ist fraglich, wo die Personen sonst untergebracht werden sollen. Und welches Gericht jede einzelne Inhaftnahme überprüft – denn dies ist nötig (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 4 EMRK).

Zusammensetzung des „Relocation Pools“

Personen sollen sodann aus der Haft umverteilt werden. Eine Auswahl der Personen findet anhand des „Relocation Pools“ statt. Im Entwurf wird das als eine Variable bezeichnet, die abhängig von den Indikatoren ist, welche die Mitgliedstaaten selbst festlegen, unter welchen Voraussetzungen sie Menschen aufnehmen wollen. Dazu wurden auf europäischer Ebene unter den Mitgliedstaaten unterschiedliche Möglichkeiten diskutiert und die Vorschläge reichten von einer Möglichkeit zur Aufnahme nur dann, wenn ein eindeutiger Anspruch auf internationalen Schutz vorliegt, welcher aufgrund der entsprechenden Anerkennungsquote ermittelt wird, bis hin zu der Aufnahme aller Personen, die aus Seenot gerettet werden. Die Bundesregierung betont, dass sie vor der Zusage über eine Aufnahme keine asylrechtliche Prüfung vornimmt (vgl. [Plenarprotokoll 19/103, Frage Nr. 9](#)).

Ein solches Vorgehen stellt ein Novum dar. Nicht nur, dass Mitgliedstaaten selbst eine Liste mit Anforderungen stellen können, wen sie aufnehmen wollen. Sie können diese Anforderungen aufgrund der Freiwilligkeit jederzeit wieder ändern. EASO kann und soll zwar bei der Erarbeitung von „matching“-Kriterien, also der Frage ob jemand zu den Anforderungen eines Mitgliedstaates passt, unterstützen. Wie diese aussehen, wird aber nicht erläutert. Das schafft doppelte Unsicherheit für die Betroffenen, deren Bedürfnisse an keiner Stelle eine Rolle spielen. Es ist nicht klar, ob und unter welchen Bedingungen sie überhaupt von Mitgliedstaaten aufgenommen werden. Und was passiert, wenn sich kein Mitgliedstaat bereit erklärt?

Dabei sollte die generelle Grundlage ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem sein, das eine einheitliche Zuständigkeitsregelung schafft, mit gemeinsamen Mindeststandards für Asylverfahren im Sinne eines „gemeinsamen Raumes des Schutzes und der Solidarität“, so wie es auch im [Stockholmer Programm](#) heißt. Schon bei den Relocation-Beschlüssen waren die Kriterien nicht klar geregelt und den Mitgliedstaaten anheimgestellt. Der Bundesrepublik etwa wurde von verschiedenen Seiten vorgeworfen, vor allem auch Personen mit Familienangehörigen in Deutschland aufzunehmen, für die sie nach der Dublin-III-Verordnung ohnehin [zuständig gewesen wäre](#) (dort S. 21). Dies könnte auch zu noch absurden Ergebnissen führen, beispielsweise, dass Mitgliedstaaten Personen mit niedriger Schutzquote aufnehmen, dafür dann sogar Fördermittel der EU erhalten, um dann diese Personen so schnell wie möglich wieder zurückzuführen. Und überhaupt: was ist, wenn Personen an Bord eines Schiffes sind, die in keine der Kriterien passen? Der italienische Innenminister Matteo Salvini

wird darauf bestehen, dass alle Personen umverteilt werden. Und dann beginnen die Verhandlungen von vorn. Nur nicht für alle, sondern eben nur für einige, die keiner haben will, die Ausgestoßenen der Ausgestoßenen.

III. Ausblick

Mit dem Verteilmechanismus wird versucht, eine Lücke zu schließen, die aufgrund der politischen Haltung und faktischen Umsetzung entstanden ist. Es ist die buchstäbliche „coalition of the willing“. Nur dass gar nicht klar ist, wer der Koalition angehört. Und auch nicht, welche Kriterien für Mitgliedstaaten gelten, die sich entscheiden, der Koalition anzugehören. Sollten Kriterien gefunden werden, die den europäischen Mitgliedstaaten nicht gefallen, können sie wieder austreten. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass jetzt eine politische *ad-hoc*-Lösung gebraucht wird. Doch es muss klar sein, dass diese eben nur temporär gelten darf. Und dass sie so wie sie derzeit vorgeschlagen wird, nicht umgesetzt werden sollte. Die Verfahrensschritte der „Guidelines“ sind weitgehend vom Hotspot-Konzept kopiert inklusive der massenhaften pauschalen Inhaftierung. Dies ist, wie die Erfahrungen zeigen, nicht im Einklang mit europäischem Recht umsetzbar. Die angespannte politische Situation, in der unbedingt eine Lösung gefunden werden muss, darf nicht als Gelegenheit genutzt werden, klammheimlich rechtswidrige Praktiken zu etablieren. Der wichtigste Punkt ist indes ausgelassen: Es bleibt weiterhin offen, nach welchen Kriterien die Umverteilung stattfinden soll. Das Gemeinsame Europäische Asylsystem sollte auch ein Verteilungssystem sein. Die Zuständigkeit für die Überprüfung von Asylanträgen sollte vorhersehbar und allgemeingültig festgelegt werden. Es ist zur Hängepartie geworden, in der weiterhin über jeden Einzelfall verhandelt wird. Eine ernsthafte, vernünftige und rechtssichere Lösung scheint nicht in Sicht.

